

VU Research Portal

Legaliteit en rechtsvinding in het materiële strafrecht

Borgers, M.J.

published in

Constate waarden (liber amicorum Constantijn Kelk)
2008

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Borgers, M. J. (2008). Legaliteit en rechtsvinding in het materiële strafrecht. In A. A. Franken, M. de Langen, & M. Moerings (Eds.), *Constate waarden (liber amicorum Constantijn Kelk)* (pp. 193-202). (Pompe Reeks; No. 50). BJu.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Legaliteit en wetsinterpretatie in het materiële strafrecht

Matthias Borgers

Inleiding: de betekenis van het *lex certa*-vereiste

In zijn *Studieboek materieel strafrecht* wijdt Constantijn Kelk uitvoerige beschouwingen aan het legaliteitsbeginsel.¹ Uit dat beginsel vloeit voort dat de strafwet in duidelijke bewoordingen moet zijn geformuleerd. Dit *lex certa*-vereiste of bepaaldheidsgebod kan worden geschaard onder, wat Kelk noemt, de rechtsbeschermende dimensie van het legaliteitsbeginsel. De strafwet bakent de bevoegdheden van de overheid immers af. Door duidelijke bewoordingen van de wet wordt voorzienbaar waar de grenzen van de macht van de overheid liggen en zodoende wordt aan de burgers rechtszekerheid verschaft. Tegelijkertijd stelt het legaliteitsbeginsel burgers in staat om adequaat de gevolgen te kunnen inschatten van gedragingen die men wil stellen.² Door een nauwkeurige afbakening van de wet wordt de handelingsvrijheid van burgers niet onnodig belemmerd. Hiermee is niet gezegd dat burgers zich telkens op de wet oriënteren alvorens te handelen. De gedachte is veeleer dat wie wil weten waar de grenzen liggen, die ook in de wet moet kunnen vinden.

Het is niet eenvoudig om te bewerkstelligen dat de wet de duidelijke en scherpe grenzen trekt die men op grond van het legaliteitsbeginsel zou mogen verlangen. Wil de wet enig ‘gebruikersgemak’ hebben, dan moet worden voorkomen dat een oneindige hoeveelheid aan precieze en gedetailleerde normen in de wet wordt neergelegd. Ook voor de wetgever is dat een onaantrekkelijk perspectief, want het is ondoenlijk om te voorzien in welke variaties bepaalde (schadelijke) gedragingen zich zullen voordoen en om voor elk van die variaties een scherp geformuleerde norm te ontwikkelen. Veeleer is een zekere soberheid vereist bij het formuleren van strafbaarstellingen. Die soberheid bestaat eruit, zo leert Kelk, dat de delictsomschrijving zo wordt geformuleerd dat ‘[...] de tekst ervan niet te ingewikkeld is, bovendien heldere begrenzings van de strafbaarheid inhoudt en als de grootst gemene deler kan fungeren voor de gevallen, die beoogd zijn onder de desbetreffende delictsomschrijving te vallen’.³ Het operationaliseren van het *lex certa*-vereiste is dan ook niet onprobleematisch, want hoewel het stellen van heldere begrenzings op gespan-

1 C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, derde druk, Deventer: Kluwer 2005, p. 73-119.

2 M.S. Groenhuijsen, *Straf en wet* (oratie Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 31.

3 Kelk, 2005, p. 83.

nen voet staat met het hanteren van ‘open’ of vage termen, maakt de variëteit aan gevallen die onder een delictsoomschrijving moet worden gevat, het gebruik van dergelijke termen onvermijdelijk.⁴

In de rechtspraak van de Hoge Raad wordt het bepaaldheidsgebod erkend, maar tegelijkertijd wordt ook het spanningsveld dat Kelk schetst onder ogen gezien.⁵ Een betoog voor de strafrechter dat de bewoordingen van een strafbaarstelling niet duidelijk zijn en dat derhalve de strafbaarstelling onverbindend is wegens strijd met het bepaaldheidsgebod, is daarmee zo goed als kansloos. In het strafrecht geldt wat in alle andere rechtsgebieden ook geldt, namelijk dat de bewoordingen van de wet, juist wanneer deze niet duidelijk zijn, voorwerp vormen van interpretatie door de rechter. De strafrechter is geen subsumptie-automaat, maar een actieve rechtsvinder. Dat rechtersbeeld ligt ten grondslag aan de rechtspraak van de Hoge Raad. In de rechtspraak van de Hoge Raad wordt verder niet afgebakend waar de grens ligt van de interpretatievrijheid van de strafrechter. In een enkele uitspraak wordt gerept van het belang van een restrictieve interpretatie,⁶ maar daar kan men vele uitspraken tegenover stellen waarin de Hoge Raad veeleer voor een extensieve interpretatie heeft gekozen. Duidelijk is ook dat de Hoge Raad op zichzelf nauwelijks gewicht toekent aan de voorzienbaarheid van de uitleg van de wet. Dat blijkt wel uit de uiterste terughoudendheid waarmee in de rechtspraak een beroep op rechtsdwaling wordt aanvaard.⁷

De Hoge Raad is minder terughoudend in het aannemen van een ruime interpretatievrijheid van de strafrechter dan de strafrechtelijke dogmatiek – door de bank genomen – graag zou zien. In de literatuur wordt veelal, zij het met wisselende accenten en diverse nuances, als stelregel gehanteerd dat de rechter wettelijke bepalingen die strekken tot het strafbaar stellen van zekere gedragingen, restrictief moet uitleggen. Een extensieve interpretatie is niet bij voorbaat uitgesloten, maar een dergelijk ruime uitleg van de wet moet op degelijke argumenten rusten en (daarmee) ook redelijkerwijs voorzienbaar zijn.⁸ Deze dogmatische positie, waarin veel belang wordt gehecht aan rechtszekerheid, kan worden opgevat als kritiek op de vrijheid die de Hoge Raad zich toemeet bij de interpretatie van de wet. Tegelijkertijd moet worden geconstateerd dat het geschetste standpunt in de literatuur zelf weer voorwerp is van kritiek. Het gaat om de tegenwerping dat de strafrechtelijke dogmatiek uitgaat van een legistische redeneertrant die zowel de noodzaak als de kenmerken van rechterlijke rechtsvinding miskent.⁹ Hierbij wordt – heel kort gezegd – tot uitgangspunt genomen dat een wettelijke norm nimmer een definitieve betekenis heeft. Die betekenis

4 Kelk, 2005, p. 86-87.

5 Zie in het bijzonder HR 31 oktober 2000, *NJ* 2001, 14. Vgl. ook EHRM 19 februari 2008, *Kuolelis e.a. t. Litouwen*, *EHRC* 2008, 57, § 115.

6 Zie bijvoorbeeld HR 2 december 1997, *NJ* 1998, 306. Vgl. ook HR 28 februari 1989, *NJ* 1989, 658, m.nt. 'tH, en HR 7 januari 1997, *NJ* 1997, 361, m.nt. 'tH.

7 Zie Kelk, 2005, p. 114-115, 224-227, en HR 26 februari 2008, *NJ* 2008, 148.

8 Zie onder andere Kelk, 2005, p. 93-103, en J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 94-103, waarbij Kelk terughoudender is in de acceptatie van extensieve interpretatie dan De Hullu.

9 Op deze hermeneutische kritiek kom ik hierna terug.

vormt zich eerst met de toepassing van de wet in concrete zaken. Daarmee is evenwel niet gezegd dat het *lex certa*-vereiste, of ruimer gesteld de rechtszekerheid, geen enkele betekenis meer zou hebben voor de interpretatie van de wet door de rechter, want ook de critici van het legisme zijn van mening dat op de één of andere wijze gewicht moet worden toegekend aan het belang van rechtszekerheid en voorzienbaarheid.

Duidelijk mag zijn dat zich niet eenvoudig laat vaststellen welke betekenis rechtszekerheid heeft voor de theorie en praktijk van het strafrecht. In een liber amicorum voor Constantijn Kelk, die altijd een scherp oog heeft voor de positie van de mens in het strafproces, past het om nader op die betekenis in te gaan. Het gaat hier om een thema – de uitvoerige uiteenzetting in het studieboek van Kelk laat dat reeds zien – waarover al het nodige is geschreven. Ik beoog met dit opstel een bijdrage te leveren aan de discussie door het debat in de literatuur over de meest aangewezen rechtsvindingsmethode in het materiële strafrecht aan een analyse te onderwerpen.

Strafrechtelijk legisme

Met enige regelmaat wordt kritiek geuit op het dogmatische standpunt dat wettelijke bepalingen die een strafbaarstelling inhouden, in beginsel restrictief moeten worden uitgelegd. Dit standpunt wordt veelal gekenschetst als een legistisch standpunt.¹⁰ Die kwalificatie hangt ermee samen dat in de strafrechtsdogmatiek tot uitgangspunt wordt genomen dat de vaststelling van de betekenis van een wettelijke norm voorafgaat aan de vaststelling van de strafrechtelijke aansprakelijkheid. Daarbij wordt ervan uitgegaan dat de betekenis van de wettelijke norm kan en moet worden vastgesteld op grond van de bewoordingen van de wet, bezien in het licht van met name de wetsgeschiedenis, en daarnaast ook in het licht van de wetssystematiek alsmede het doel en de strekking van de wet. Afgezien van het argument van democratische legitimatie wordt met het aldus centraal stellen van de wet beoogd rechtszekerheid te verschaffen. Indien de betekenis van de wettelijke norm zich niet eenduidig laat vaststellen, dient de minst vergaande uitleg te worden gekozen of – in het uiterste geval – de norm terzijde te worden geschoven. Eerst indien de betekenis van de norm vaststaat, wordt deze toegepast op de feiten teneinde vast te stellen of die feiten het oordeel kunnen dragen dat de verdachte strafrechtelijk aansprakelijk is.¹¹

Het belang dat in de literatuur wordt gehecht aan een restrictieve uitleg, laat zich wellicht het beste illustreren aan de hand van de wijze waarop wordt geschreven over de ontoelaatbaarheid van analogische wetstoepassing. Op zichzelf wordt de houdbaarheid van het analogieverbod betwijfeld: de grens tussen enerzijds (toelaatbare) uitleg van de wet en anderzijds het oprekken van de wet door middel van analogie valt moeilijk te trekken omdat woorden

10 Zie Bart van Klink, Rechtsvinding en rechtszekerheid in het strafrecht, in: Erik-Jan Broers en Bart van Klink (red.), *De rechter als rechtsvormer*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 200, en N. Rozemond, De rechtsvindingsleemte in het strafrecht, *RM Themis* 2008, p. 13.

11 Kelk, 2005, p. 102-103, duidt het legaliteitsbeginsel aan als 'een objectief juridisch beginsel ten aanzien van de al dan niet toepasbaarheid van de wet op een bepaald feitelijk gebeuren'.

nimmer een volstrekt eenduidige betekenis hebben.¹² Tegelijkertijd wordt het analogieverbod niet geheel terzijde geschoven, maar juist van belang geacht omdat het belangrijke onderliggende waarden van het legaliteitsbeginsel tot uitdrukking brengt. Zo wijst Kelk erop dat de rechtszekerheid die krachtens het *lex certa*-vereiste moet worden bevorderd, geldt als ‘hartgrondig’ argument tegen de analogie.¹³ Hieraan wordt dan een beslisregel verbonden: indien er redelijke twijfel bestaat over de betekenis van begrippen in een strafbepaling, moet voor een restrictieve uitleg worden gekozen.¹⁴

Het is naar mijn mening niet overdreven om de hier geschetste positie als legistisch aan te duiden, mits men maar niet in de val loopt ‘legisme’ te verwarren met ‘letterknechterij’. Het is daarom nuttig om een enkele opmerking te maken over het legisme in zijn historische context.¹⁵ De legistische rechtsopvatting moet overwegend worden gesitueerd in de tweede helft van de negentiende eeuw, in de tijd dat het liberalisme sterk op de voorgrond staat en op het moment dat grote codificaties – vooral op het terrein van het privaatrecht – tot stand zijn gebracht. Het legisme vormt een daarbij passende ‘vrijheidsideologie’,¹⁶ doordat de verantwoordelijkheid van de rechtsontwikkeling bij de wetgever en niet de rechter wordt gelegd. De vrijheid van de burger vergt dit, omdat zijn vrijheid in het liberale gedachtegoed – en dan in het bijzonder de leer van de trias politica – alleen kan worden beperkt door de wetgever. Dat betekent echter niet dat de rechter wordt beschouwd als een mechanische wetstoepasser. Dat de woorden van de wet uitleg behoeven, wordt ook in het legisme als vaststaand gegeven aanvaard. In zijn beroemde commentaar op de Wet Algemene Bepalingen schrijft de legist Opzoomer: ‘Ofschoon de rechter volgens de wet recht moet spreken, is hij daarom tot geen dienaar harer letter vernederd’.¹⁷ Er gelden echter beperkingen voor wat betreft de vrijheid die de rechter daarin heeft. Het gaat er immers om dat de rechter de wet uitlegt zonder dat hij op de stoel van de wetgever gaat zitten. In het legisme is de analogie dan ook problematisch – al wordt zij niet door een ieder verworpen –, omdat die een uitbreiding van het toepassingsbereik van de wet teweegbrengt.

Waartoe is de rechter volgens het legisme dan wél bevoegd? Het is moeilijk om ‘de’ legistische visie op de interpretatievrijheid van de strafrechter te schetsen. De diverse auteurs die tot het legisme worden gerekend, trekken die grenzen telkens weer anders. Op deze plaats geef ik het standpunt van Opzoomer weer, omdat hij ook enige aandacht schenkt aan het strafrecht.¹⁸ Opzoomer

12 Zie bijvoorbeeld J. Rummelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 489-490.

13 Kelk, 2005, p. 98. In die zin ook Rummelink, 1996, p. 490.

14 M.S. Groenhuijsen en F.P.E. Wiemans, *Van electriciteit naar computercriminaliteit*, Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 109.

15 G.C.J.J. van den Bergh en C.H.J. Jansen, *Geleerd recht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 128-138. Zie meer uitvoerig P.C. Kop, *Legisme en privaatrechtswetenschap*, Deventer: Kluwer 1992.

16 Van den Bergh en Jansen, 2007, p. 133.

17 C.W. Opzoomer, *Aanteekening op de Wet, houdende Algemeene Bepalingen der Wetgeving van het Koninkrijk*, Amsterdam: J.H. Gebhard & Comp. 1873, p. 193.

18 Aan het legisme zijn vooral de namen verbonden van auteurs die zich met het privaatrecht hebben beziggehouden.

merkt op dat de rechter de wet niet alleen moet lezen, maar ook moet begrijpen. Het gaat erom dat via de regels van de uitlegkunde wordt achterhaald wat de bedoeling van de wettelijke bepaling is. Belangrijke elementen daarbij zijn de tekst van de wet, de wetssystematiek, de logica en de historische ontwikkeling van de desbetreffende wettelijke bepaling.¹⁹ Opzoomer schuift de bedoeling van de wetgever en daarmee de wetsgeschiedenis terzijde. Het gaat om de wilsverklaring die in de wet is gelegen en niet om de bedoeling die buiten de wet is gelegen.²⁰ Van belang is ook de instructie van Opzoomer aan de rechter in het geval de wet onvolledig of duister schijnt, zoals artikel 13 Wet AB dat uitdrukt. Indien de wet onduidelijk is of geheel zwijgt, moet de rechter recht spreken door de *nulla poena sine lege*-regel toe te passen: 'Hier mag hij dus, al ware het om aan het stelsel der strafwet, of aan het rechtsbewustzijn waardoor hij beziel is, te voldoen, nimmer een veroordeeling uitspreken. Misdad en straf moeten duidelijk door de wet bepaald zijn; zij kunnen anders noch erkend noch toegepast worden. [...] het eenige, wat hem zonder een uitdrukkelijke wetsbepaling niet vrijstaat, is te vonnissen *ter veroordeling*.'²¹

Het mag duidelijk zijn dat de beschreven positie van de strafrechtelijke dogmatiek overeenkomsten vertoont met het legisme zoals Opzoomer dat tot uitdrukking brengt. Dat geldt op het niveau van zowel de grondslag – de bescherming van de vrijheid van de burger – als de uitwerking – het problematiseren van de analogie en het kiezen voor een restrictieve uitleg in geval van redelijke twijfel. Tegelijkertijd zijn er ook wel verschillen te ontwaren. Zo valt het op dat in de huidige dogmatiek veel gewicht wordt toegekend aan de bedoeling van de wetgever en de wetsgeschiedenis een belangrijk, zo niet het belangrijkste oriëntatiepunt is. Ook teleologische of functionele interpretatie wordt, zeker bij oudere wetgeving, niet van de hand gewezen.²² Dat impliceert toch een grotere interpretatievrijheid voor de rechter dan in het legisme van Opzoomer wordt voorgestaan.

Hermeneutische kritiek

Zoals gezegd, stuit het (moderne) strafrechtelijke legisme op kritiek. Die kritiek richt zich op de syllogistische redeneerstijl die wordt gehanteerd door eerst de betekenis van de wettelijke norm vast te stellen en vervolgens deze norm toe te passen op de feiten.²³ Tegengeworpen wordt dat een dergelijke werkwijze om enkele samenhangende redenen niet mogelijk is. Uitgangspunt daarbij is dat de woorden van de wet altijd een zekere onbepaaldheid hebben. Een nauwkeurig vast te stellen en toe te passen *Wortlaut* verhoudt zich niet met de relatieve

19 Opzoomer, 1873, p. 193-194, 197.

20 Opzoomer, 1873, p. 193.

21 Opzoomer, 1873, p. 213 (cursivering in het origineel).

22 Vgl. Kelk, 2005, p. 92.

23 Zie Van Klink, 2001, p. 203-216, K. Rozemond, Waar ligt de grens van het legaliteitsbeginsel?, in: P.C. Bogert en T. Kooijmans (red.), *Over de grens van het legaliteitsbeginsel*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 38-43, en Rozemond, 2008, p. 16-17. Vgl. voorts Erik Claes, Rechtszekerheid, rechtsvinding en toeval in het strafrecht, *Rechtskundig Weekblad* 2001-2002, p. 1051.

onbepaaldheid van de taal. Daar komt bij dat de wetgever onmogelijk alle situaties kan voorzien waarin de wet toepassing zou moeten vinden. Hetzelfde geldt ook voor de veranderingen in de sociale werkelijkheid. Van belang is voorts dat de wet voor langere tijd wordt geschreven; het is niet mogelijk dat – en het zou zich ook niet goed verhouden met de rechtszekerheid indien – de wet continu wordt aangepast naar gelang de omstandigheden daartoe nopen. De resultante van dit alles is dat de wet – en dus ook de tekst van strafbaarstellingen – onvermijdelijk een zekere openheid kent. Tegenover het legisme wordt daarom de hermeneutiek gesteld: de tekst van de wet krijgt telkens betekenis in de confrontatie met de feiten en in het licht van maatschappelijke ontwikkelingen. Enerzijds bepaalt de norm welke feiten relevant zijn voor de rechterlijke beslissing, anderzijds zijn de feiten – en in bredere zin: de maatschappelijke context – van invloed op de betekenis van de wettelijke norm. Interpretatie is in dit schema dan ook onvermijdelijk, omdat de vaststelling van de betekenis van de wettelijke norm niet los is te zien van de confrontatie van die norm met de feiten. In een hermeneutische benadering ontbreekt een scherp onderscheid tussen restrictieve en extensieve interpretatie, terwijl ook het analogieverbod op losse schroeven komt te staan, omdat het toepassingsbereik van de wet geen vaststaand gegeven is. Tegelijkertijd is het onvermijdbaar dat casuïstiek een belangrijke rol speelt in de rechtsvinding.²⁴ Dit heeft gevolgen voor de rechtszekerheid die wettelijke strafbaarstellingen bieden. Omdat de betekenis van wettelijke normen geen vaststaand gegeven is en rechtsontwikkeling onvermijdelijk is, pretendeert de hermeneutiek niet de rechtszekerheid te bieden die het legisme voor ogen staat.

Ook hier laat zich een historische parallel trekken, omdat de hier beschreven kritiek niet wezenlijk anders is dan de kritiek die aan het einde van de negentiende eeuw op het toentertijd heersende legisme werd geuit.²⁵ Eén van de critici was toen Paul Scholten. Zijn werk – en dan vooral de bekende beeldspraak van de sprong die de rechter maakt – is thans weer een inspiratiebron voor de hermeneutische kritiek op de strafrechtsdogmatiek. Opmerkelijk is dat Scholten met een zekere welwillendheid schrijft over het analogieverbod in het strafrecht. Hij aanvaardt dat het strafrecht vasthoudt aan het analogiebegrip (als onderdeel van het analogieverbod) gelet op de bescherming die het individu moet worden geboden tegenover de gemeenschap – de overheid – en tegen rechterlijke willekeur. Er is daarom, aldus Scholten, ‘een goede grond, waarom men in het strafrecht huiverig is voor analogie’.²⁶ Op het eerste gezicht wekt dit begrip voor het analogieverbod wellicht verbazing. Dat verbod is op hermeneutische gronden immers niet houdbaar. Toch is de welwillendheid van Scholten minder vreemd dan het lijkt. De strekking van de hermeneutische kritiek is niet zozeer dat het strafrechtelijk legisme op de verkeerde argumenten berust, maar veeleer dat het bij dat legisme passende rechtsvindingsmodel niet kan worden geopera-

24 K. Rozemond, De casuïstische grenzen van het materiële strafrecht, *DD* 2007, p. 465-495.

25 Vgl. daarover Kop, 1992, p. 31-32.

26 P. Scholten, *Algemeen deel*, aangevuld door G.J. Scholten, derde druk, Zwolle: Tjeenk Willink 1974, p. 71.

tionaliseerd.²⁷ De geuite kritiek impliceert niet dat geen waarde meer zou moeten of mogen worden toegekend aan rechtszekerheid. Integendeel, die waarde wordt zonder meer erkend. De vraag is veeleer op welke wijze die rechtszekerheid kan en moet worden gerealiseerd. In de literatuur treft men op dit punt twee – samenhangende – gezichtspunten aan.

Allereerst wordt de eis gesteld dat de uitleg die aan de wet wordt gegeven, een verdedigbare interpretatie van het geldende recht behelst. De erkenning dat de wet zich in voorkomende gevallen op verschillende wijzen laat uitleggen, impliceert niet dat de rechter volledig naar eigen inzicht een keuze maakt. De rechter dient aannemelijk te maken dat de keuze die hij heeft gemaakt, is gebaseerd op het geldende recht. Anders gezegd: de rechter dient zelf niet alleen ervan overtuigd te zijn dat zijn oordeel volgt uit het positieve recht, hij dient dat oordeel ook op overtuigende wijze te motiveren.²⁸ De kwestie van rechtszekerheid wordt hierdoor in zekere zin in een procedurele sleutel gesteld: ook al is een eenduidige wetsuitleg niet gegeven, de rechter moet laten zien dat zijn uitleg steunt op argumenten en gezichtspunten die aan het recht worden ontleend. Indien de rechter daartoe niet in staat is, is de door hem gekozen oplossing ook niet voorzienbaar geweest.

Het tweede gezichtspunt houdt verband met de vraag *wiens* rechtszekerheid moet worden gediend in het strafrecht. Het antwoord op die vraag luidt, kort gezegd, dat het daarbij niet alleen gaat om de rechtszekerheid van de verdachte. Met het strafbaar stellen van gedragingen wordt beoogd bepaalde, veelal fundamentele rechten van burgers te beschermen. Dat schept een zeker verwachtingspatroon bij de burger, waar de rechter rekening mee heeft te houden bij de toepassing van de strafwet. In deze zienswijze komt het er dus op neer dat de rechter niet alleen rekening houdt met de gerechtvaardigde verwachtingen van de verdachte omtrent de reikwijdte van de strafwet, maar ook met de verwachtingen van burgers dat hun fundamentele rechten door middel van het strafrecht worden beschermd. Daarmee is niet gezegd dat met het oog op de bescherming van de rechten van burgers elke vorm van wetsuitleg, hoe creatief of extensief ook, is toegestaan. Het rechtvaardigt echter wel dat de ratio van de strafbaarstelling – daarin komen de te beschermen rechten tot uitdrukking – het nodige gewicht in de schaal legt bij de uitleg van de tekst van de wet.²⁹

Hoe groot is de tegenstelling?

De twee geschetste benaderingen zijn op zichzelf onverenigbaar met elkaar. Waar het in het legisme draait om de vaststelling van de betekenis van de woorden van de wet als een voorafgaande stap aan de toepassing van de strafrechtelijke norm van de feiten, staat in de hermeneutiek de relatieve onbepaaldheid

27 Vgl. Rozemond, 2008, p. 14.

28 Van Klink, 2001, p. 218-219.

29 M.A. Loth, Verloren zekerheid. Over vertrouwen en rechtszekerheid in het strafrecht, *R&R* 1999, p. 209-221, Klaas Rozemond, Legaliteit in het materiële strafrecht, *RM Themis* 1999, p. 117-130, en Rozemond, 2000, p. 47-48, en Claes, 2001-2002, p. 1053-1059. Van Klink, 2001, p. 220 toont zich op dit punt kritisch.

van de wettelijke norm voorop en vindt concretisering eerst plaats in confrontatie met de feiten en ook met maatschappelijke ontwikkelingen. In de voorafgaande paragrafen is vooral het beeld gerezen dat de strafrechtelijke dogmatiek zich grosso modo als legistisch laat omschrijven, waarbij die dogmatiek voorwerp van kritiek van hermeneutisch georiënteerde auteurs is. Het is noodzakelijk om dit beeld enigszins te nuanceren. Dat is alleen al noodzakelijk omdat het op de keper beschouwd te schetsmatig is om van 'de' strafrechtelijke dogmatiek te spreken. Naast hele sterke voorbeelden van legistisch denken,³⁰ zijn er ook passages in de strafrechtelijke literatuur die – veelal impliciet – een hermeneutisch standpunt met betrekking tot de interpretatievrijheid van de strafrechter in zich bergen. Men zou dit eenvoudig kunnen duiden als het bestaan van grijsstinten. Ik vraag mij evenwel af of men niet in bredere zin moet constateren dat, hoewel in de strafrechtelijke literatuur standpunten met betrekking tot de interpretatievrijheid van de rechter doorgaans met klassieke legaliteitsargumenten worden *gepresenteerd*, tegelijkertijd een meer brede acceptatie van de grenzen van het legisme en daarmee een zekere aanvaarding van de hermeneutische benadering aanwezig is. Eerder is reeds aan de orde geweest dat in de strafrechtelijke literatuur zelf al twijfels worden geuit over de houdbaarheid van het analogieverbod. Voorts valt het mij op dat interpretatiemethoden waarop aanhangers van de hermeneutische benadering het nodige gewicht toekennen, zoals de teleologische en functionele interpretatie,³¹ ook in de strafrechtelijke literatuur worden aanvaard.³² Het meest sprekend is wellicht nog wel dat het besef alom aanwezig is dat de wet veelal voor meerdere uitleg vatbaar is, dat juist door onverwachte feitelijke omstandigheden of door maatschappelijke ontwikkelingen de betekenis van de woorden van de wet ter discussie komt te staan, en dat het een kwestie van *overtuiging* is welke interpretatie als het meest passend moet worden beschouwd.³³ Daaruit spreekt een zekere bereidheid om tal van factoren – ook casuïstische en ook in relatie tot maatschappelijke ontwikkelingen – te betrekken bij de interpretatie van de wet.

Aansluitend wijs ik erop dat in de literatuur het legaliteitsbeginsel en de implicaties daarvan voor de interpretatievrijheid van de rechter vooral worden betrokken op de interpretatie van specifieke delictsbestanddelen. Dat ligt ook voor de hand, maar wat dan opmerkelijk is, is dat het legaliteitsbeginsel in veel mindere mate wordt betrokken op de algemene leerstukken zoals opzet, causaliteit en deelneming. De invulling van die leerstukken is van groot belang voor het al dan niet vestigen van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Hoewel er zeker kritiek bestaat op de soms ruime invulling van de algemene leerstukken, kan worden geconstateerd dat de discussie op dit terrein veel minder in termen van legaliteit, rechtszekerheid en voorzienbaarheid wordt gevoerd. Het komt mij voor dat op dit terrein de rol van casuïstiek en de invloed van maatschappelijke

30 Vgl. de reacties van P.A.M. Mevis en R. de Lange alsmede M.M. Dolman op het Mensenroof-arrest (HR 20 november 2001, *NJ* 2003, 632), respectievelijk in de *NJ*-annotatie en in: Actus regit locum? Over legaliteit, rechtsmacht en 'prospective overruling', *DD* 2004, p. 231-245.

31 Vgl. Van Klink, 2001, p. 203.

32 Zie bijvoorbeeld De Hullu, 2006, p. 97, en Kelk, 2005, p. 90-91.

33 Zie Kelk, 2005, p. 91, en De Hullu, 2006, p. 97.

ontwikkelingen breed wordt erkend en – zij het minder breed – wordt aanvaard.³⁴

Met het vorenstaande beoog ik niet om alle verschillen in opvatting weg te poetsen, want die verschillen zijn er zeker. Niettemin acht ik het zinvol om het strafrechtelijk legisme en de hermeneutische kritiek daarop niet als twee volstrekt onverenigbare grootheden tegenover elkaar te stellen. Veeleer moet het verschil worden gevonden in het uiteenlopende gewicht dat wordt toegekend aan de betekenis van rechtszekerheid en voorzienbaarheid bij de interpretatie van de wet. Het strafrechtelijk legisme knoopt aan bij een sterk *verlangen* naar rechtszekerheid, terwijl de hermeneutische kritiek veeleer kijkt naar de mogelijkheden om die rechtszekerheid te *realiseren*.³⁵ Waar het dan om gaat, is het besef dat dit legistisch verlangen niet de blik op de hermeneutische realiteit zou mogen vertroebelen.

Tot slot

Waartoe leidt de vorenstaande analyse van het debat in de literatuur over de meest aangewezen rechtsvindingsmethode in het materiële strafrecht? Het verdient allereerst aanbeveling dat de hermeneutische elementen die in de strafrechtelijke literatuur reeds aanwezig zijn, expliciet(er) worden gemaakt. Of sterker uitgedrukt: de tijd is naar mijn mening aangebroken dat onverkort en zonder voorbehoud wordt erkend dat ook in het strafrecht het proces van rechtsvinding langs hermeneutische lijnen verloopt. Met dit opstel heb ik getracht aannemelijk te maken dat deze stap van strafrechtelijk legisme naar hermeneutiek niet heel groot is. Vervolgens zou ik willen onderstrepen dat het verlaten van het strafrechtelijk legisme niet betekent dat de rechtszekerheid als fundamentele waarde wordt opgegeven. Immers, ook in de hermeneutische benadering wordt die waarde zonder meer erkend. Dat betekent ook dat de binding aan de wet, die voor het strafrecht zo kenmerkend is, geenszins hoeft te worden opgegeven. Waar het om draait, is om aan die binding een invulling te geven die aansluit bij de uitgangspunten van het moderne strafrecht.³⁶

Het gaat het bestek van deze bijdrage te buiten om nader uiteen te zetten wat een passende invulling van de binding in de wet voor het strafrecht zou inhouden. Maar niet onopgemerkt mag blijven dat ook op dit punt het werk van Kelk inspiratie kan bieden. Kelk wijst er immers op dat het legaliteitsbeginsel een pijler is ‘voor de garanties van vrijheid en autonomie welke een rechtstaat zijn burgers kan bieden’.³⁷ Het strafrecht respecteert de autonomie van de burger indien die burger de kans wordt geboden om zich zelfstandig een oordeel te vormen over de consequenties van zijn handelingsmogelijkheden. Het komt mij voor dat dit autonomiebegrip een bruikbaar aanknopingspunt vormt voor een

34 Zie voor kritiek A.A. Franken, Casuïstiek en legaliteit in het materieel strafrecht, *DD* 2006, p. 949-958.

35 Vgl. Van Klink, 2001, p. 209.

36 Zo ook Van Klink, 2001, p. 210.

37 C. Kelk, Humaniteit als strafrechtelijk principe, in: K. Boonen e.a. (red.), *De weging van 't Hart: liber amicorum A.C. 't Hart*, Deventer: Kluwer 2002, p. 81.

nadere duiding van de betekenis van rechtszekerheid in het materiële strafrecht.³⁸ Enerzijds vloeit uit het autonomiebegrip voort dat de burger mag worden aangesproken op zijn verantwoordelijkheid om zich te oriënteren op het recht alvorens hij tot handelen (of juist niet-handelen) overgaat.³⁹ Dat impliceert dat de burger zich er tot op zekere hoogte van bewust moet zijn dat een norm in de rechtspraak wordt geconcretiseerd. In zoverre is het onvermijdelijke gegeven dat het recht zijn betekenis krijgt in confrontatie met de feiten, niet onverenigbaar met het legaliteitsbeginsel. Anderzijds leidt respect voor de autonomie van de burger ook tot een begrenzing. De rechter moet telkens overtuigend kunnen beargumenteren dat het recht hem voldoende aanknopingspunten – in het bijzonder in de vorm van de tekst van de wet, de wetsgeschiedenis, de wetssystematiek alsmede het doel en de strekking van de wet – verschaft om de betekenis van een norm in het licht van de relevante feiten te duiden.⁴⁰ Indien dat niet mogelijk is, is terughoudendheid geboden.⁴¹ Die terughoudendheid houdt dan in een restrictieve uitleg, of eventueel een extensieve uitleg in combinatie met rechterlijk overgangsrecht.⁴² Aldus wordt recht gedaan aan het verlangen naar rechtszekerheid zonder dat de realiteit van de rechtsvindingsproces uit het oog wordt verloren.

38 Zie P.W. Brouwer, Onvermijdelijke rechtsonzekerheid?, *R&R* 1999, p. 188-208, en P.W. Brouwer, Beginselen van legaliteit, *RM Themis* 2003, p. 64-77.

39 Vgl. ook G.E. Mulder, Vage normen, in: Ch.J. Enschede e.a. (red.), *Naar eer en geweten: liber amicorum J. Remmelink*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 412-413.

40 Dat geldt ongeacht of de betrokken burger zich in het concrete geval tevoren heeft laten informeren over de betekenis van die norm. De reden daarvoor is – kort gezegd – dat rechtzekerheid in subjectieve zin kan nooit worden bereikt indien er geen rechtszekerheid in objectieve zin wordt geboden. Vgl. Brouwer, 1999, p. 192.

41 Vgl. Brouwer, 2003, p. 76.

42 Vgl. Brouwer, 1999, p. 209.